

¿DE LOS DERECHOS A LOS DEBERES? UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

MATERIALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Nº 2018 / 06

ISSN: 2531-0240

SEMINARIO PERMANENTE GREGORIO PECES-BARBA

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

“Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie: Materiales de Filosofía del Derecho

Número: 2018/06

ISSN: 2531-0240

Dirección de la serie: Rafael de Asís
Francisco Javier Ansuátegui

Editor: Seminario Gregorio Peces-Barba
Grupo de investigación “Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie disponible en <http://hdl.handle.net/10016/24630>

Dirección: Seminario Gregorio Peces-Barba
Avd. de Gregorio Peces-Barba Martínez, 22
28270 Colmenarejo (Madrid)

Web: <http://www.seminario-gregorio-peces-barba.es>

Correo electrónico: info@seminario-gregorio-peces-barba.es



Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España ([CC BY-NC-ND 3.0 ES](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/))

¿DE LOS DERECHOS A LOS DEBERES? UNA PRIMERA APROXIMACIÓN*

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

Abstract: En este paper se presenta una primera aproximación a la crítica que, desde la reivindicación la primacía de los deberes, se dirige al discurso de los deberes. Se presta una especial atención al desarrollo de determinados planteamientos en la doctrina italiana, que han asumido como objetivo el análisis crítico de la tesis bobbiana según la cual nuestro tiempo es el tiempo de los derechos. La pretensión del paper es la de analizar, en primer lugar, hasta qué punto la crítica basada en los deberes descansa en buenas razones; y en segundo lugar, en qué medida los deberes pueden sustituir a los derechos en su función de legitimación de nuestros sistemas jurídico-políticos.

Palabras clave: derechos, deberes, progreso moral, derecho horizontal

Abstract: This paper presents a first approach to the criticism that addresses the discourse of rights from the claim of the primacy of duties. Special attention is paid to the development of certain approaches in the Italian doctrine, which have taken as their objective the critical analysis of the Bobbian thesis according to which our age is the age of rights. The aim of the paper is to analyze, in the first place, if the duties-based criticism is supported by good reasons; and in the second place, if duties can substitute rights in their function of legitimating our legal-political systems.

Keywords: rights, duties, moral progress, horizontal law

1.-

En el año 1990, Norberto Bobbio escribió un libro, *L'età dei diritti*¹, que hoy constituye una referencia básica para todo aquel interesado en el discurso de los derechos. Bobbio justificaba, en términos históricos y racionales, la posibilidad de identificar nuestro tiempo como el tiempo de los derechos. Un tiempo que supone la consolidación jurídica de una serie de conquistas morales, y la consiguiente puesta en marcha de estructuras políticas e institucionales, a nivel nacional e internacional, encaminadas a la garantía de esas conquistas, de manera que se puede afirmar, con Eduardo Rabossi, que

¹ Vid. BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

los derechos constituyen, hoy, un “hecho-del-mundo”². Al mismo tiempo, el tiempo de los derechos era expresión de un determinado progreso moral de la humanidad.

Pues bien, parece que hoy la idea del tiempo de los derechos está siendo sometida a revisión. Así, se señala que los derechos ya no pueden seguir desarrollando las funciones que han venido desarrollando en el sistema jurídico y político; además, se dice, la teoría de los derechos no es tan pacífica y bien estructurada como en ocasiones se ha presentado, incluyendo problemas internos difíciles de resolver y que condicionan la plena efectividad de los mismos. A ello cabría añadir, posiblemente, otro elemento: la historia de los derechos tampoco es tan lineal, unidireccional y pacífica como los apologetas de los derechos han querido mostrarnos.

En efecto, la función limitativa que los derechos desarrollan en los sistemas jurídico-políticos de las democracias constitucionales, y que en última instancia se manifiesta en un control del poder legislativo mediante sistema de control de constitucionalidad, parece observarse en ocasiones no como una exigencia propia de un sistema que asume la garantía de los derechos como ultima ratio, sino más bien como una disfuncionalidad del mismo³. Por otra parte, se denuncia la inexistencia de una teoría jurídica de los derechos con capacidad de ofrecer una propuesta uniforme sobre el concepto de derecho y de explicar aspectos básicos de la posición de los derechos dentro del ordenamiento. Pensemos en la distinción entre reglas y principios, en las críticas al concepto de derecho subjetivo, o en el carácter problemático de los derechos sociales entendidos como derechos de papel o derechos caros⁴. A ello cabría añadir que, a partir del contraste entre el sentido del discurso de los derechos y la realidad política, económica, social, se determina el ocaso de un discurso que ha mostrado su incapacidad para cambiar esa realidad. Uno de los elementos de este ocaso tiene que ver con la imposible afirmación de la universalidad de los derechos. O, más bien, con la idea de

² Vid. RABOSSI, E., “La teoría de los derechos naturalizada”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 5, enero-marzo, 1990, p. 161.

³ Vid. WALDRON, J., “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993; ID., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.

⁴ Me he referido a esta cuestión en ANSUATEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, nº 24, julio 2010, pp. 45-64 (también en *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2014).

que la realidad nos demuestra que los derechos no son universales⁵. Y, lo que es más grave, *no* pueden serlo. Porque el mundo es tan plural y diverso que no es posible identificar elementos comunes con los que respaldar esa pretendida universalidad. En definitiva, el discurso de los derechos, y en particular el de los derechos entendidos como derechos universales, sería un discurso fallido.

Antes de continuar, y de entrar en el análisis concreto de alguna de las posiciones que reivindican esa crisis, creo que puede ser útil diferenciar entre la afirmación de la crisis del tiempo de los derechos, y la del fin del tiempo de los derechos, ya que posiblemente no se está diciendo lo mismo en ambos casos. Hablar de crisis de los derechos no tiene por qué suponer certificar el fin del tiempo de los derechos. Podemos estar haciendo referencia a un momento de transformación, motivado por ejemplo, por la necesidad de abordar de manera satisfactoria nuevos problemas y nuevas situaciones, de donde surge la necesidad de adecuar los modelos de organización articulados en torno a los derechos a estas situaciones. Lo cual nos permite seguir hablando de derechos. Y digo “seguir hablando de derechos” porque parecería que, tras algunas descripciones y algunas responsabilidades dirigidas al discurso de los derechos, parecería que lo más adecuado es eliminar la referencia a los derechos de nuestro argumentario moral, jurídico y político. De la misma manera, también habría que distinguir entre las críticas a la idea de los derechos, de aquellas dirigidas a un determinado discurso de los derechos. En ocasiones parecería que algunos planteamientos que se presentan como críticos respecto a los derechos, en realidad lo son hacia una concreta versión de los derechos. Así, por ejemplo, en algún momento se ha asumido como objeto de crítica lo que ciertamente es una versión histórica –la primera- ideológicamente localizada, de los derechos, y centrada en el egoísmo, como presupuesto racional, en el individualismo moral y en la patronomialización de los derechos, y en la jerarquización de los mismos, que dota de una prioridad absoluta a unos derechos frente a otros⁶. Es decir, se presenta una determinada teoría de los derechos como la única posible.

⁵ Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., “La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas”, en PECES-BARBA, G., FERNANDEZ, E., DE ASIS, R., ANSUATEGUI, F. J., FERNANDEZ LIESA, C., (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, tomo IV, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 73-122.

⁶ Vid. RODRIGUEZ PALOP, M. E., “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, *Derechos y Libertades*, n.º 36, 2017, p. 136.

2.-

De los derechos se ha predicado su carácter histórico⁷. El propio Bobbio habla de “invención” de los derechos para sintetizar la idea de que la idea de los derechos surge en determinados contextos. La misma idea de “giro copernicano”, con la que Bobbio se refiere al significado que tiene el tiempo de los derechos en la filosofía jurídica, política y moral es bien expresiva al respecto.

Es cierto que un determinado relato de la evolución histórica de los derechos vincula la historia de los derechos con la idea de progreso moral de la humanidad. Esta vinculación se encuentra bien presente en la obra de Bobbio, y de otros autores. Es decir, el hecho de que podamos hablar del tiempo de los derechos, y que podamos describirlo, es una señal de que existe un progreso moral de la humanidad.

Sin embargo, la afirmación de que el reconocimiento de los derechos humanos está vinculado al progreso moral de la humanidad ha de enfrentarse con la realidad del mundo que nos rodea, que está caracterizado por elementos (hambre, pobreza, terrorismo, guerra, discriminación, exclusión) que son difíciles de negar y que más bien son una negación de cualquier noción de progreso moral mínimamente reconocible. En este contexto surge la cuestión sobre la posibilidad de seguir hablando de progreso moral y en qué sentido.

Ciertamente, hay determinadas dimensiones del discurso de los derechos que nos permiten seguir hablando de progreso moral. Pensemos en el significado de los procesos a través de los cuales Peces-Barba y Bobbio explicaron el devenir histórico de los derechos⁸. El proceso de positivación es expresión del convencimiento de que el reconocimiento del valor de los derechos no se puede quedar sólo en el ámbito moral sino que, más bien, ha de trascender al ámbito jurídico, con todo lo que ello implica en relación con el compromiso (al menos teórico) de los poderes públicos y la puesta en marcha de los mecanismos coactivos del Estado. La generalización de los derechos, con su

⁷ Vid. PECES-BARBA, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, PP. 227-264.

⁸ Vid. PECES-BARBA, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, cit.; Vid. BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, cit., pp. 62-65.

progresiva ampliación de contenidos y titulares supone también una ampliación de las exigencias morales. De la misma manera, la internacionalización de los derechos implica la voluntad, entre otras cosas, de generar espacios de libertad mediante la fiscalización externa de las actividades de los Estados en relación con los derechos. Por fin, el proceso de especificación de los derechos es expresión de una mayor atención a las concretas y particulares circunstancias que acompañan a las titularidad y al ejercicio de los derechos.

Muy bien- se podrá decir- pero los derechos se siguen violando, y quizás con magnitudes desconocidas en otros momentos históricos. ¿Cómo es posible seguir hablando de progreso moral? Existe la posibilidad de seguir hablando de ese progreso, desde el momento en que hoy somos más sensibles en relación con las violaciones de los derechos⁹ y en relación con los problemas de los derechos. Es cierto que este aumento de la sensibilidad puede tener que ver, entre otras cosas, con la facilidad con la que accedemos a la información y podemos conocer lo que ocurre lejos de nosotros. Pero, en todo caso, el hecho de que hoy reaccionemos frente a ultrajes que hace tiempo no nos espantaban, que hoy nos planteemos problemas –medio ambiente, generaciones futuras¹⁰- que hace tiempo no nos planteábamos, es expresión, si se quiere, de una sensibilidad mas refinada, lo cual tiene que ver evidentemente con la idea de progreso moral. Lynn Hunt ha explicado la historia de los derechos, la historia de una “invención”, como un proceso movido por la fuerza de la empatía, que permite el reconocimiento del otro sin el cual es difícil hablar de derechos. La relevancia de la empatía no significa ceder todo el terreno a las emociones. Si fuera así la historia, y el fundamento, de los derechos descansarían en bases inseguras, evanescentes, como pueden serlo los sentimientos, frente a la razón. Por ello la historia de los derechos viene impulsada por la combinación de sentimientos, razones y prácticas: “La historia de los derechos humanos demuestra que al final la menor defensa de los derechos son los sentimientos las convicciones y las acciones de multitudes de individuos que exigen respuestas acordes con su sentido interno para la indignación”¹¹. Es cierto que la empatía no sirve para eliminar por si sólo la existencia de violaciones de

⁹ Vid RORTY, R., “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en SHUTE, S., HURLEY, S. (eds.), *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia Villa, Trotta, Madrid, 1998, pp. 117-136.

¹⁰ Vid. MENGA, F., *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2016.

¹¹ HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, trad. esp. de J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona 2009, p. 220.

derechos. Pero también lo es que es esa empatía, esa sensibilidad moral, la que nos permite reaccionar y afirmar que “nunca más”, que “basta ya”, con independencia de la letra de la ley. Esto es algo generalmente reconocido, más allá de que se mantengan posiciones críticas, como veremos. Un crítico tan radical como Costa Douzinas ha reconocido que los derechos humanos se han convertido en una “parte pacífica de la ideología de la mayoría de los regímenes políticos contemporáneos”¹². Desde paradigmas muy diferentes, Tommaso Greco los ha identificado como el “vero alfabeto delle relazioni sociali”¹³.

3.-

La responsabilidad de certificar el fin del tiempo de los derechos es grave, desde el momento en que los derechos se han convertido en una lengua franca. La referencia a ellos constituye un criterio compartido de valoración de los modelos de organización social. La mejor o peor salud de los derechos determina el carácter más o menos democrático de un sistema político. Por tanto, hablar de crisis del tiempo de los derechos implica la necesidad de plantear alternativas que los sustituyan en su dimensión evaluadora. En esta ocasión, puede ser interesante centrar la atención en algunas reivindicaciones de la idea de deber.

Gustavo Zagrebelsky, en *Il diritto mite*, había diferenciado ya entre “il tempo dei diritti” e “il tempo dei doveri”, para hacer referencia a dos concepciones de los derechos, una subjetiva y otra objetiva y también a dos tipos de sociedades: aquellas “*in cui vige la libertà, e quindi vigono i diritti*”, y aquellas “*ove vige la giustizia, e quindi vigono i doveri*”¹⁴. A partir de ahí, Zagrebelsky diferencia entre la problemática de los derechos y la problemática de la justicia: “*L'imperialismo del linguaggio dei diritto ha nascosto quel che di irriducibile a essi sta nelle esigenze della giustizia*”¹⁵; “*La riduzione dell'ordine giusto ai diritti è impossibile perché il postulato della giustizia appartiene a un ethos dominato non dai diritti individuali ma dai doveri*”¹⁶.

¹² Vid. DOUZINAS, C., *El fin de los derechos humanos*, trad. de R. Sanín Restrepo, O. Guardiola-Rivera y O. Alonso Medina, Universidad de Antioquia-Legis, 2008, p. 2

¹³ Vid. GRECO, T., “Il ritorno dei doveri”, *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, anno I, 1, gennaio-marzo, 2012, p. 91.

¹⁴ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, p. 114.

¹⁵ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, p. 125.

¹⁶ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, p. 126.

Posteriormente, el mismo Zagrebelsky ha mostrado su desconfianza respecto a las “narraciones de los derechos”, que contrastan con la realidad de los hechos. Las narraciones teóricas y políticas no tienen valor, porque han demostrado su incapacidad para cambiar la realidad y porque en muchas ocasiones no son sinceras. La retórica de los derechos, el uso ilegítimo y el abuso que se hace de los mismos, conduce a que los derechos “*invece di serviré la giustizia, spesso alimentano le ingiustizie*”¹⁷, son un criterio “*di legittimazione delle ingiustizie*”¹⁸.

Es cierto que hoy puede haber razones para hablar de un uso retórico de los derechos, que viene facilitado al menos por dos elementos : por el carácter emotivo del lenguaje de los derechos y por el lugar que la referencia a los derechos ocupa en el discurso jurídico-político de nuestros sistemas. Un buen ejemplo de esta retórica de los derechos es el que observamos cuando vemos que, con independencia de la valoración que merezcan sus decisiones y acciones en términos de respeto a los derechos, ningún gobernante a lo largo del mundo de hoy se declara contrario a los derechos. Todo son buenas palabras y compromisos respecto a los derechos. Es un buen ejemplo de un uso retórico de los derechos. Zagrebelsky nos recuerda el ejemplo de las llamadas “guerras humanitarias”¹⁹.

Pero una cosa es denunciar, con razón, la retórica abusiva de los derechos y otra es confundir esa retórica con el discurso de los derechos. Este discurso, fraguado históricamente, tiene una dimensión emancipadora irrenunciable. No cualquier alusión a los derechos, no todo empleo del término puede ser identificado con el discurso de los derechos. Por el contrario, es necesaria una perspectiva crítica a la hora de diferenciar “discursos que usan/abusan del argumento de los derechos”, de “discursos basados en las exigencias morales de los derechos”. Si no se hace esa diferenciación, se puede afirmar que la ambigüedad de los derechos permite identificarlos unas veces como instrumentos de resistencia, otras veces como instrumentos de dominación²⁰. Pero, en realidad, hablar de un “*lato malefico*” de los derechos que “*invece di serviré la giustizia, spesso*

¹⁷ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, p. 8.

¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 6.

¹⁹ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 71.

²⁰ Vid. ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 19.

alimentano le ingiustizie”²¹ puede implicar al menos dos cosas: a) una visión demasiado alternativa de la función histórica de los derechos, de aquello para lo que fueron “inventados” (siguiendo la terminología de Bobbio y Hunt); b) hacer depender el valor y la aceptabilidad de las proposiciones sobre derechos de su efectividad. Ciertamente Zagrebelsky nos invita a dejar de pensar en las palabras e ir a los hechos, en un paralelismo con la propuesta bobbiana de dejar de pensar en el fundamento de los derechos y de centrarnos en su protección. Pero, en realidad, la reivindicación de los derechos tiene la función de cambiar esos hechos, de transformar esa realidad. De lo contrario, parece haber una rendición frente a esa realidad, que contrasta sin duda con el espíritu emancipador y utópico de los derechos.

La función crítica de los derechos ha sido puesta en entredicho también a partir de su vínculo con la idea de naturaleza. Esta vinculación es un ejemplo más de esa identificación entre la teoría de los derechos, genericamente considerada, y una determinada visión de la misma. El hecho de que exista una cierta “relación hereditaria o sucesoria” entre los derechos humanos de hoy y los derechos naturales reivindicados en la Ilustración no quiere decir que la idea de naturaleza –cuyas dificultades ya subrayó Bobbio entre otros muchos²²– siga ocupando en el discurso de los derechos el mismo lugar que ocupaba hace dos siglos. En todo caso, Costa Douzinas ha señalado que la apelación a la naturaleza pierde su función crítica cuando triunfa la revolución: “Los revolucionarios victoriosos convertidos en legisladores pueden resultar tan opresivos como sus predecesores”²³. La reducción de la potencialidad transformadora y liberadora de la apelación al Derecho natural disminuye, en efecto, cuando aquel deja de ser moral crítica para convertirse en moral legalizada. Este argumento se aplica por algunos, como hemos visto, a los derechos una vez positivizados. En este punto creo que hay buenas razones para diferenciar bien, para no confundir entre la capacidad transformadora de los derechos (de acuerdo con las exigencias de su juridificación, comenzando por el respeto al imperio de la ley y al principio de legalidad –lo cual también lleva implícita una determinada posición respecto a la confianza en la capacidad del Derecho de realizar

²¹ Vid. ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 8.

²² Vid. BOBBIO, N., “Algunos argumentos contra el Derecho Natural”, VVAA, *Crítica del Derecho natural*, introd. y trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 227.

²³ DOUZINAS, C., “El fin(al) de los derechos humanos”, trad. de M. Saavedra, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nº 22, 2008, p. 10.

determinadas funciones que tiene que ver con el cambio social-) y, por ejemplo, la sacralización de la Constitución con su consiguiente confusión con un texto bíblico.

La función de los derechos en el sistema jurídico y políticos es la de constituirse como límites frente al Poder. En un primer momento, el poder era el poder político del Estado, cuyo dominio constituía un peligro, teórico y real, para la libertad. Pero posteriormente el concepto de poder se ha ido ampliando para abarcar todas aquellas expresiones de dominio que pueden poner en riesgo esa libertad. Pues bien, el relato que se nos ofrece es aquel en el que los derechos son presentados, precisamente, como un instrumento de dominio y de explotación en una visión jerarquizada y verticalizada de las relaciones sociales: *“I diritti sono una realtà per chi sta sopra, e una menzogna per chi sta sotto”*²⁴; *“I diritti umani non hanno giovato a tutti nello stesso modo; anzi hanno giovato ad alcuni, i pochi, a danno degli altrui, la moltitudine”*²⁵; *“... i diritti dei potenti sono in realtà pre-potenze sugli impotenti”*²⁶. La alternativa que se presenta es la que consiste en la reivindicación de los deberes, en sustitución de los derechos.

Así, asistimos a una interesante reivindicación de la lógica de la horizontalidad frente a la lógica de la verticalidad: de alguna manera, nos encontramos con el discurso de los deberes horizontales frente al de los derechos verticales. Estamos frente a una comparación que invita a la reflexión. Cabe adelantar, por cierto, que no toda referencia a la horizontalidad es extraña al discurso de los derechos. Creo que la sola alusión a la *Drittwirkung der grundrechte* es de por sí suficiente.

En todo caso, verticalidad y horizontalidad aluden a diversos modelos sociales, y también a diferentes formas de entender, creo, el rol social del Derecho. La horizontalidad de los deberes implica un modelo de vínculo social en donde la idea de respeto, fraternidad, *“esenciales para vivir una vida decente”*²⁷ ocupan un lugar importante. El respeto, la fraternidad están en la base del reconocimiento de deberes, que nos obligan respecto a los otros. Parece un contexto en el que tanto el Estado como el Derecho (entendido, como veremos, como Derecho vertical) causan una cierta molestia. Estevez

²⁴ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 11.

²⁵ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. IX.

²⁶ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 121.

²⁷ GRECO, T., “Il ritorno dei doveri”, cit., p. 92.

Araujo ha señalado que la debilidad de la estrategia de los derechos es que tiende a delegar su protección en el Estado²⁸. Por otra parte, Tomasso Greco, en varios de los múltiples trabajos que ha dedicado a esta cuestión, ha mostrado su desconfianza respecto a la coacción estatal²⁹, frente a la confianza en la concordia y en la prioridad de las garantías primarias (horizontales) frente a las secundarias (verticales)³⁰. En realidad, la desconfianza sería frente a un Derecho entendido en sentido vertical, expresión de la voluntad del Estado, cuya alternativa se encuentra en un Derecho horizontal, que es “el que se da en el recíproco y espontáneo cumplimiento de las obligaciones entre sujetos que se reconocen recíprocamente dignidad de seres humanos”³¹.

Es decir, estamos frente a un modelo en el que la tentación que se podría atribuir al jurista, la de pensar que el Derecho es el único vínculo social, no se produce, reivindicando otras formas de vínculo social y por lo tanto otras estrategias de garantía de la posición, exigencias y satisfacción de las necesidades y pretensiones morales de los sujetos³². Por cierto –y a modo de inciso- no parece lo mismo afirmar que el Derecho es el único vínculo social, que afirmar la relevancia del Derecho como estrategia de vínculo social. En todo caso, me parece, si he entendido bien, que la propuesta es la de concebir al Derecho como “seconda ratio” en el vínculo social, confiando en la capacidad de las dinámicas horizontales a la hora de garantizar la libertad, la igualdad, la dignidad, que es al fin y al cabo de lo que se trata.

En realidad, y aunque formalmente estamos ante diferencias apreciables, el contenido del discurso de los deberes o, si se prefiere, su razón de ser, tampoco es tan diferente respecto a la de los derechos. Y ello porque la idea de reconocimiento del otro juega un papel importante en ambos casos. En efecto, tanto en un caso como en el otro necesitamos reconocer al otro como un ser digno merecedor de respeto, cuyas exigencias

²⁸ Vid. ESTEVEZ ARAUJO, J. A., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 18.

²⁹ Vid. GRECO, T., “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, trad. de E. Bea, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2010, p. 342.

³⁰ Vid. GRECO, T., “La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie”, *Methodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, nº 1, 2014, pp. 141-144.

³¹ GRECO, T., “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho”, *Crónica Jurídica Hispalense*, nº 14, 2016, p. 116.

³² Vid. GRECO, T., *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.

morales han de satisfacerse. Creo que esta afirmación está tanto en la base del reconocimiento de derechos como de la existencia de obligaciones respecto al otro.

Me siento obligado respecto al otro porque le reconozco derechos. Es evidente que aquí se plantea el problema de la prioridad lógica de los deberes respecto a los derechos, o viceversa. Pero posiblemente ese problema puede ser disminuido en su gravedad si el tema que nos planteamos es el de la capacidad de ambos conceptos, derechos y deberes, de ocupar un determinado lugar entre los criterios de legitimidad. ¿Hasta qué punto el discurso de los deberes puede sustituir al discurso de los derechos como criterios de legitimidad? La modernidad ha reivindicado el carácter instrumental de la organización jurídica y política, del Derecho y del Estado, desde el momento en que ambos son mecanismos encaminados a garantizar derechos. Los derechos son la razón de ser del constructo político. ¿Los deberes podrían desarrollar esa función?

Ese rol de segunda ratio que se atribuye al Derecho contrasta con la confianza en el Derecho que ha caracterizado determinados momentos históricos y modelos jurídico políticos. No estoy pensando en todo lo que en nuestros días puede significar el moderno constitucionalismo, sino en la situación que se produce hace dos siglos (pero también hoy) cuando comienza a desarrollarse el proceso de positivación de los derechos. Allí, la juridificación de determinadas exigencias morales era considerada como la garantía de la igualdad y de la libertad. ¿Por qué esa positivación, que entonces era algo perseguido, ahora es considerada secundaria respecto a los “mecanismos horizontales de persuasión”?³³.

Podemos pensar en diversas posibilidades a la hora de responder a esta cuestión. Una primera puede ser la referida al desarrollo de la virtud y de la educación moral³⁴, al desarrollo de un determinado progreso moral. Se puede ser un firme defensor de la capacidad integradora, igualadora y civilizatoria de la educación, de la relevancia de la educación en valores, y al mismo tiempo tener dudas sobre el hecho de que todos los problemas de los derechos se puedan solucionar recurriendo exclusivamente a la educación (si bien hay casos en los que el Derecho muestra sus límites como estrategia

³³ Vid. GRECO, T., “Il ritorno dei doveri”, cit., p. 94.

³⁴ Vid. BEA, E., “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades*, nº 29, junio 2013, pp. 53-92.

de evitación/resolución de conflictos). Una segunda estrategia es la que tiene que ver con la comparación de modelos antropológicos, pero también sociales (Aristóteles v. Hobbes, o mejor Hobbes v. Aristóteles), ya que la evolución de nuestras sociedades nos mostraría que la verticalidad hobbesiana ya no es necesaria frente al retorno de la operatividad de la horizontalidad aristotélica. Pero creo que cabe una tercera posibilidad. Me parece que tiene que ver con una determinada transformación, evolución, de la idea de poder. La reivindicación de la horizontalidad en el análisis de las relaciones sociales estaría justificada por una transformación de la idea de poder. La ampliación del concepto de poder (no sólo público, también privado), y su ubicuidad (se presenta de manera paralela, inferior y superior al poder del Estado), aconsejaría una profundización en el discurso de los deberes, pero precisamente como mecanismo de garantía de los derechos, de las pretensiones morales, antes de la llegada del Derecho del Estado.

No es difícil ser consciente de los riesgos de recurrir exclusivamente a dinámicas horizontales en el reconocimiento y garantía de derechos, a no ser que se mantenga una visión antropológica radicalmente (i-realistamente) optimista. Cuando hablamos de derechos es mucho lo que está en juego como para permitirnos excluir el recurso a la fuerza democrática de la institucionalidad estatal. En este sentido, la doble fuerza de los derechos, a la que se ha referido Tommaso Greco, no excluye la sanción formalizada³⁵.

El discurso de los deberes se basa, en casos como los de Gustavo Zagrebeksky y Sergio Ferlito, en una preocupación –entre otras cosas– por las generaciones futuras y por su supervivencia. Respecto a las generaciones futuras, se produce una “*rottura di contestualità*”³⁶ que imposibilita la articulación de una relación jurídica en el marco de la cual se puedan ejercer derechos subjetivos. Las generaciones futuras, se afirma, no pueden tener derechos subjetivos porque no existen, y el derecho subjetivo “*presuppone un titolare presente*”³⁷. Por eso, hay que comenzar a hablar de deberes, ya que esta es la única manera de asegurar la viabilidad de las generaciones futuras, en un esquema en el que las razones de los deberes prevalecen sobre las de los derechos³⁸.

³⁵ Vid. GRECO, T., “La doppia forza dei diritti”, cit., p. 147.

³⁶ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 124.

³⁷ ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 124.

³⁸ Vid. ZAGREBELSKY, G., *Diritti per forza*, cit., p. 100.

Pero en este punto cabe preguntarse cuál sería el argumento a favor de esa primacía. La obligatoriedad de los deberes estaría encaminada precisamente a la creación de condiciones en las que las generaciones futuras pudieran ejercer sus derechos, al menos en las mismas condiciones en las que los ejercen las generaciones presentes. Si eso es así, vemos que por lo tanto el argumento referido a los derechos no ha desaparecido de nuestro discurso. Es decir, podríamos afirmar que la razón de ser de los deberes siguen siendo los derechos.

Sin embargo, la exclusión del derecho subjetivo del discurso de los derechos no parece falta de implicaciones que afectan directamente al sentido mismo de los derechos. Históricamente, el derecho subjetivo supone la juridificación de la idea de individuo. El derecho subjetivo no parece imaginable si antes no se cuenta con la idea de individuo. Massimo La Torre ha escrito que “Il diritto soggettivo può affermarsi come concetto solo in un’atmosfera culturale nella quale venga esaltato il valore della soggettività umana e il legame sociale sia pensato nei termini di un’aggregazione volontaria di individui”³⁹. Ese individuo es un sujeto del que se predica autonomía y poder y que por tanto exige un armazón jurídico que le permita materializar las exigencias de aquellas. A partir de ahí, el derecho subjetivo implica la existencia de un título jurídico, de un lado, y de una acción procesal, de otro.

Por otra parte, y en relación con la deslegitimación del recurso al derecho subjetivo, no está de más reconocer que no todas las situaciones jurídicas identificables con la titularidad y el ejercicio de los derechos son fácilmente reconducibles a la figura del derecho subjetivo en sentido estricto. Esto es algo que podemos extraer de los análisis -entre otros- de Hohfeld, Kelsen o Alexy, sobre la diversidad de relaciones jurídicas que se incluyen en la idea de derecho subjetivo.

4.

Se ha afirmado que seguir hablando de derechos es una forma de conservadurismo intelectual que tiene mucho que ver con la resistencia del jurista a poner en riesgo el orden establecido. Así, se ha hecho referencia a “una tendenza, ancorchè inconsapevole, di

³⁹ LA TORRE, M., *Dissaventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 44.

segno apertamente conservatore, volto al mantenimento dell'ordine costituito e del suo assetto normativo, teso alla preservazione dello status quo giuridico e politico che ha scolpito il paradigma di fondo incardinándolo sui diritti in maniera talmente profonda da rendere difficile pensare al diritto senza pensare ai diritti”⁴⁰. No voy a negar el carácter conservador que demuestran en ocasiones los juristas a la hora de someter a revisión los esquemas de pensamiento en los que han sido formados. Pero, posiblemente, vincular el discurso de los derechos a posiciones conservadoras también es problemático ya que supone, entre otras cosas, seguir asociando los derechos a su dimensión vertical⁴¹, dando por descontado que los derechos no son operativos más allá de las relaciones entre los individuos y el poder político. No olvidemos, por una parte, la importancia de la reivindicación de la operatividad de los derechos en las relaciones entre particulares y, por otra, el hecho de que los derechos no están llamados a limitar sólo al poder político, sino también cualquier expresión del poder.

En todo caso, hablando de conservadurismo, en la reivindicación de los deberes parece que existe una especie de vuelta al pasado. Cuando Norberto Bobbio se refiere a la “revolución copernicana” que en una determinada concepción de la filosofía de la historia supone la afirmación de los derechos del hombre, señala que lo que se produce en realidad es un “rovesciamento del punto di osservazione”: “Al inizio, non importa se mitico, fantástico o reale, della storia millenaria della morale, c'è sempre un codice di doveri (o di obblighi) non di diritti”⁴². La primacía de los derechos implica que los problemas a la hora de justificar el ejercicio del poder político y de proponer una correcta estructura de la organización de la res publica, se abordan desde el punto de vista del individuo y no de la sociedad. Así, la primacía de los derechos implica la primacía del individuo; del individuo entendido como protagonista del discurso político. Este protagonismo supone el reconocimiento del carácter instrumental de la organización jurídica y política, del Derecho y del Estado. Bobbio se encarga de recordarnos que la noción de individualismo (en su dimensión metodológica, ontológica y ética) debe desprenderse de cualquier connotación negativa, como las que le han atribuido tanto el pensamiento reaccionario como el revolucionario.

⁴⁰ FERLITO, S., *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Mimesis, Milano-Udine, 2016, p. 63.

⁴¹ Vid. FERLITO, S., *Il volto beffardo del diritto*, cit., p. 65.

⁴² BOBBIO, N., “Il primato dei diritti sui doveri”, ID., *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 432.